

Execução para entrega de coisa

SÉRGIO SEIJI SHIMURA (*)
Promotor de Justiça - SP

SUMÁRIO: 1 - Noções. 2 - Objeto da ação. 3 - Título executivo. 4 - Procedimento - opções do devedor. 5 - Entrega da coisa. 6 - Depósito e embargos do devedor. 6.1 - Prazo para embargar. 6.2 - Efeitos dos embargos. 6.3 - Embargos de retenção por benfeitorias. 7 - Inércia do devedor.

1 - Noções

A execução por quantia certa, prevista nos artigos 626 e segs, CPC, com penhora, avaliação, etc é a mais comum e a subsidiária das demais espécies de execução, quando não for mais possível a execução específica (ex: de dar, fazer, etc.). Mas a execução por quantia certa não é a única. Há outras: execução de obrigação de fazer ou não fazer (artigos 632/645) e execução para a entrega de coisa (artigos 621/631).

Vale dizer, o CPC prevê basicamente três espécies de execução: 1) execução por quantia certa; 2) execução das obrigações de fazer e de não fazer; 3) execução para entrega de coisa.

O tema ora a ser considerado cinge-se à execução para entrega de coisa, certa ou incerta, portanto, execução específica. E essa espécie de execução resume-se na busca, no patrimônio do executado, da coisa devida e a sua ulterior transferência ao exequente. Antes de ingressar na esfera patrimonial de alguém, é preciso identificar a coisa a ser procurada.⁽¹⁾

Citemos alguns exemplos colhidos do terreno jurisprudencial

a) "A" move ação de divisão (artigo 946, CPC), contra "B" e "C" igualmente condôminos de um imóvel. "A" fica com 60% do terreno. "B" fica com a casa e os maquinários. "C" fica com os 40% do terreno e com a criação de animais. Mas, "B" é quem está na posse de todo o imóvel. Homologada a divisão, então, "A" pode ingressar com execução para entrega de coisa certa (móvel ou imóvel).⁽²⁾

b) Em uma ação reivindicatória, "A" pede o domínio do imóvel (lote) contra "B". Proferida a sentença, se "B" não entregar a coisa, "A" fica autorizado a mover execução para entrega de coisa.

(*) - Professor Universitário.

(1) - Araken de Assis, "Manual do Processo de Execução", 2ª ed., pág. 347 n° 118.

(2) - RT 552/79. Cf. José Antônio de Castro "Execução no CPC" Saraiva 1983 pág. 206 n° 148.

c) Após a quitação de veículo adquirido em Consórcio, cabe ação de execução para entrega de coisa.⁽³⁾ Uma vez quitadas as prestações, subsistem a liquidez e a certeza da obrigação da Administradora do Consórcio em entregar o bem. O credor pode optar pela execução de entrega de coisa incerta (artigo 629). Depois do depósito, o bem fica individualizado (n° do chassi, cor, modelo, etc.).⁽⁴⁾

d) Contrato de compra e venda de 500 sacas de feijão soja,⁽⁵⁾ ou café beneficiado.⁽⁶⁾

e) Ação de herdeiro contra outro herdeiro/inventariante, para que faça a entrega de coisa que lhe coube na partilha (formal de partilha) (artigos 584 e 1.027, CPC).⁽⁷⁾

f) Ação de cumprimento de promessa de doação, em que é reconhecido o direito à adjudicação.⁽⁸⁾

g) Ação de dissolução de sociedade, para que um sócio entregue o bem partilhado a outro sócio.

h) Ação para que o autor pignoratício devolva o bem objeto do penhor liquidado.

i) Ação para usufrutuário entregar a coisa ao fim do usufruto (artigo 729, CC).

Todavia, embora de procedimento simples, a sua adoção não tem sido muito frequente na vida prática. Algumas razões concorrem para isso.

Em primeiro lugar, talvez porque as hipóteses ocorrentes sejam mais de descabimento desse tipo de execução do que o seu cabimento, como veremos logo mais.

Em segundo lugar, porque, subsidiariamente, o credor pode optar pela execução contra devedor solvente, procedimento por vezes mais vantajoso para o credor, por albergar não só o valor da coisa, mas também outras quantias, como as relativas aos frutos, perdas e danos, etc. Nessa ordem, não sendo caso de imóvel, as coisas móveis, com o passar do tempo, ou se deterioram ou perdem o seu valor.

É interessante pôr em relevo que, com a implantação da chamada ação monitória, é possível ao credor de soma em dinheiro, ou de obrigação para entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel, ingressar com ação de conhecimento com o objetivo de alcançar de modo mais célere o título executivo (artigo 1.102a, com a redação dada pela Lei n° 9.079/95).

De todo modo, a execução para entrega de coisa está regulada pelo CPC, nos artigos 621 a 631, razão pela qual tentaremos sistematizar o seu estudo e levantar algumas questões que podem ensejar maiores debates.

2 - Objeto da ação

O objeto da ação (pedido mediato) deve consistir na entrega de uma coisa, certa ou incerta, dependendo de já estar individualizada ou ser individualizável pelo gênero e quantidade (artigo 874, CC, e artigo 629, CPC).

Abrange, nessa ótica, as obrigações de dar, de prestar e de restituir, não importando a fonte ou a causa de que derive, isto é, pode dimanar de um direito real (entrega de um imóvel) ou de direito pessoal (entrega de um veículo, uma jóia).⁽⁹⁾

A coisa certa já é identificada por ocasião da realização do negócio jurídico. A incerta só será identificada no momento do pagamento, pela escolha do credor ou do devedor.

A coisa incerta, uma vez individualizada (ex: 500 sacas de arroz beneficiado, safra do ano tal, etc.), torna-se certa, aplicando-se-lhe o mesmo procedimento desta última.

(3) - Alcides de Mendonça Lima, "Comentários", pág. 302 (citado por Eduardo Saibro Dias, "Juris 61/229, para quem não cabe execução para entrega de coisa, e sim execução por quantia certa contra devedor solvente").

(4) - Ap. 407.028-4, 1ª TACivSP, rel. Juiz Célio Filócomo, j. 13.3.89, RT 644/100.

(5) - Ap. 192248029, TARS j. 14.93, rel. João Freire (apud Araken de Assis, "Manual do Processo de Execução", 2ª ed., pág. 348, nota de rodapé n° 964).

(6) - RT 583/212.

(7) - RT 552/79.

(8) - José Antônio de Castro, "Execução no CPC", Saraiva, 1983, pág. 206.

(9) - Cf. José de Moura Rocha, "Sistemática do novo processo de execução", RT 1978, pág. 244 n° 59.

3 – Título executivo

Antes da Lei nº 8.953/94, o artigo 621, CPC, tinha a seguinte redação: "Quem for condenado a entregar coisa certa será citado para, dentro de dez (10) dias, satisfazer o julgado."

Com essa dicção, a execução para entrega de coisa certa só podia ter por fundamento título executivo judicial.

Mas, embora a lei não fosse clara, a doutrina e a jurisprudência afirmavam que o artigo 621 era aplicável somente aos casos de coisas infungíveis, pois, se a coisa fosse fungível (ex: um sofá, uma televisão, um veículo no consórcio), seria caso de aplicação do disposto no derogado artigo 585, II, CPC, cabendo execução para entrega de coisa certa, com base em título executivo extrajudicial.⁽¹⁰⁾

Portanto, se a coisa fosse infungível (coisa imóvel, porque sempre infungível, ou coisa móvel infungível, como p. ex., um quadro raro, um animal de raça premiado), o título haveria de ser sempre judicial (antigo artigo 621). E, se fungível, poderia ser extrajudicial (antigo artigo 585, II).

Hoje, o título que enseja a execução para entrega de coisa pode ser tanto o judicial como o extrajudicial, pouco importando seja a coisa bem fungível ou infungível (art. 585, II, e artigo 621).⁽¹¹⁾ Eis a primeira novidade implantada pela Lei nº 8.953/94, relativamente ao capítulo reservado à execução para entrega de coisa.

Com referência ao título executivo judicial, cumpre lembrar que o mesmo enseja execução para entrega de coisa, desde que a decisão seja condenatória simples, ou propriamente dita, ou mesmo meramente declaratória (ex: formal de partilha).

Em outras palavras, descabe o processo de execução para entrega de coisa nas chamadas ações executivas **lato sensu** (ex: despejo, possessória⁽¹²⁾, busca e apreensão nas alienações fiduciárias, nunciação de obra nova, etc.)

É que nas decisões condenatórias com conteúdo executório (de efeito executivo, ações de força), a própria sentença já dá lugar à execução. Prolatada a sentença, expede-se mandado já para efetivar o julgado, e não para instaurar um novo processo.

Ilustrativamente na ação possessória, ou na ação de despejo, a execução é feita mediante simples expedição e cumprimento do mandado judicial, descabendo o rito do artigo 621 (execução para entrega de coisa), como procedimento autônomo. Daí afirmar-se que na ação possessória não há dicotomia entre ação de cognição e ação de execução.⁽¹³⁾ Na ação possessória e na de despejo, a sentença não condena a entregar, mas termina a reintegração ou a desocupação.⁽¹⁴⁾

De consequência, o requerido é apenas intimado, e não citado, para cumprir o julgado. Ademais, não há lugar, na ação executiva **lato sensu**, para embargos à execução.⁽¹⁵⁾

Uma outra questão que se coloca é saber se a ação de imissão de posse seria de cunho executório ou cognitivo. O CPC de 39 previa a ação de imissão de posse nos artigos 381 a 383, dentro do Título referente às ações possessórias. Embora não mais previs-

(10) - RTJ 84/701; RT 514/265 (apud Theotônio Negrão, nota 23 ao antigo artigo 585, II, e nota 1 ao antigo artigo 621). No mesmo sentido: RT 583/213. RF 287/311, Alexandre de Paula, "CPC Anotado", vol. III 4ª ed., pág. 2372, n.º 10.

(12) - Já se decidiu que não cabe execução de possessória contra quem não foi parte na ação nem seja sucessor da parte (RT 635/240).

(13) - RSTJ 17/293. No mesmo sentido: STJ, Resp. 14.138-0/MS, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo; RT 487/204, 492/171, 494/132, 549/189, 550/166, 653/187. RSTJSP 109/33, 123/46, JTA 121/97 (apud Theotônio Negrão, CPC cit. nota 3 ao artigo 621).

(14) - Sálvio de Figueiredo, Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 1992, pág. 375, nota ao artigo 621.

(15) - Todavia, o STF já entendeu que, se na ação de rescisão de compromisso o compromitente vendedor não pediu expressamente, na inicial, a reintegração de posse, não cabe a restituição de plano devendo ser pleiteada, nos termos do artigo 621, inclusive com a possibilidade de oferecimento de embargos à execução RTJ 114/693 (apud Theotônio Negrão, ob. cit. nota 4 ao artigo 621). No mesmo sentido: José Antônio de Castro, Execução no CPC, Saraiva, 1983, pág. 206.

to expressamente no estatuto processual vigente, temos que a ação de imissão de posse é executiva, como sempre foi, desde o Direito romano.⁽¹⁶⁾

Pelo artigo 381, I, CPC/39, competia a ação de imissão de posse aos adquirentes de bens, para haverem a respectiva posse, contra os alienantes ou terceiros, que os detivessem. Se a ação não fosse contestada, o juiz ordenava desde logo a expedição do mandado de imissão de posse (artigo 382, parágrafo único). Mas, oferecida a contestação, a causa tomara o curso ordinário (artigo 383).

A lição insuperável de Ovídio Baptista da Silva é oportuna, merecendo a sua invocação. A expedição, desde logo, do mandado de imissão de posse era a prova mais cabal da existência de uma eficácia especial para, independentemente de nova demanda executória, realizar, no mundo dos fatos, essa transformação da realidade. Se a ação não tivesse tal eficácia, como uma das suas virtualidades iminentes e tornada, com a revelia do demandado, aparente e visível, o máximo que a ausência de contestação poderia provocar seria o que o CPC de 1973 denomina julgamento antecipado da lide, jamais a transformação da demanda em processo de execução.⁽¹⁷⁾

É interessante lembrar que, com a Lei nº 9.079/95, foi instituída a ação monitória, que guarda certa similitude com a antiga ação de imissão de posse. Primeiro, que o objeto da ação monitória, assim como a de imissão de posse, pode envolver a entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel. Segundo, que, tanto na ação de imissão de posse como na monitória, exige-se prova escrita.⁽¹⁸⁾ Por fim, à falta de contestação, o mandado inicial converte-se em mandado executivo (artigo 1.102c, CPC de 1973).

Do mesmo modo, a execução para entrega de coisa certa não é o meio adequado para o arrematante imitir-se na posse da coisa adquirida. Em rigor, contra o depositário, cabe simples mandado de imissão na posse. Não há falar em nova ação de conhecimento, nem de execução para entrega de coisa.⁽¹⁹⁾

O ponto que pode entrar em celeuma diz respeito ao terceiro que está na posse da coisa, mas não foi parte na ação executiva, de onde derivou a arrematação.

Pensamos, como frisado, que não cabe execução para entrega de coisa, pelo fato de a carta de arrematação não se constituir em título executivo. Além de não constar do rol do artigo 585, não configura propriamente sentença condenatória.⁽²⁰⁾

O objeto da obrigação pode envolver pessoa? Pela própria leitura dos artigos 621 e ss e pela natureza obrigacional das relações que regem o processo de execução, se nos afigura inviável o desapossamento de pessoas.⁽²¹⁾

De outra parte, a medida cautelar de busca e apreensão (artigo 839, CPC), ou mesmo a simples expedição de mandado judicial em ação de separação ou de regulamentação de visitas, por exemplo, é muito mais simples, eficaz e célere que o rito do artigo 621, CPC.

(16) - Ovídio Baptista da Silva, "Notas sobre a execução das obrigações de entregar coisa certa", Ajuris 17/18. No mesmo sentido: da lição de Araken de Assis, colhe-se que a ação de imissão de posse, ou de divisão, é executiva **lato sensu**, descabendo a adoção do rito previsto no artigo 621 ("Manual do Processo de Execução", RT, 2ª ed. pág. 346, n.º 118). CONTRA: RSTJERGS 140/201; José Antônio de Castro, "Execução no CPC", Saraiva, 1983, pág. 206.

(17) - Notas sobre a execução das obrigações de entregar coisa certa. Ajuris 17/18.

(18) - O artigo 382 do CPC de 39 aludia a "título de domínio" ou "documentos da nomeação, ou eleição, do representante da pessoa jurídica". O atual artigo 1.102, se reporta à "prova escrita".

(19) - RSTJ 28/211, 42/171, RT 537/106, 549/130, 580/120, (apud) Theotônio Negrão, CPC cit. nota 4 ao artigo 703). No mesmo sentido: Ap. 16.463, TJSC, 11.682 (Alexandre de Paula, "CPC Anotado", III, vol. 4ª ed. pág. 2371, n.º 4). CONTRA (exigindo o rito previsto nos artigos 621 e segs.): RT 552/73.

(20) - Araken de Assis, "Manual do Processo de Execução", 2ª ed. pág. 349, n.º 119 e pág. 562, n.º 232.10. CONTRA: RT 474/94.

(21) - Cf. Araken de Assis, Manual do Processo de Execução, 2ª ed., pág. 348, n.º 118.2. No mesmo sentido: Frederico Marques, Manual de D.P.C., vol. 4, pág. 116, n.º 825. CONTRA: Mendonça Lima, "Comentários ao CPC" Forense, 3ª ed., pág. 764, n.º 1.522; Moacyr Amaral Santos, Primeiras Linhas de D.P.C., vol. 3, pág. 344, n.º 344, n.º 948; Humberto Theodoro, "Curso de D.P.C." vol. II, pág. 154, n.º 785. José Antônio de Castro, "Execução no CPC" Saraiva, 1983, pág. 214, n.º 162.

4 – Procedimento – Opções do devedor

Como a execução para entrega de coisa é espécie de execução, aplica-se o disposto no artigo 222, letra "d". Logo, a citação não se dá pela regra geral (Correio), mas sim por oficial de justiça, ou edital, caso não localizado.

Citado, o devedor tem basicamente três alternativas: 1) entrega a coisa; 2) apresenta embargos do devedor (artigo 738, II e III); 3) não entrega nem deposita a coisa devida.

5 – Entrega da coisa

Se o devedor pretender pôr fim à demanda, deve proceder à entrega da coisa devida, no prazo de dez dias, lavrando-se o respectivo termo (artigo 624).

Todavia, se na sentença, o devedor tiver sido condenado ao pagamento de frutos e ressarcimento por perdas e danos, o feito prossegue, pelo crédito remanescente, agora sob outro rito, que é o da execução por quantia certa, que, como dito, tem aplicação subsidiária das demais espécies.

Dai entendemos conveniente, após a entrega feita pelo réu, antes de o juiz extinguir o feito executivo, que abra vista ao exequente para proceder à constatação e vistoria da coisa entregue, evitando-se, com isso, futura alegação de incompletude no cumprimento da obrigação ou falta de correspondência do objeto entregue com aquele pactuado na obrigação.

Nada obstante, se o devedor quiser se antecipar à propositura da ação de execução, pode tomar a iniciativa de entregar a coisa nos termos do artigo 570, CPC. Em essência, esse dispositivo alberga um verdadeiro pedido de consignação, daí não ser desarrazoado divisá-lo como autêntica ação de consignação em pagamento, na qual o devedor procura vencer a *mora accipiendi*. Não há medidas executivas, mas puramente cognitivas.⁽²²⁾

6 – Depósito e embargos do devedor

Se o devedor pretender se defender, poderá fazê-lo mediante embargos do devedor. Mas, a lei condiciona a sua interposição à prévia segurança do juízo, que se dá por meio de depósito (artigos 622 e 737, II).

O prazo para o depósito é de dez dias, contados da juntada do mandado de citação. Não há cogitar de prorrogação do prazo até o cumprimento do mandado de imissão na posse ou busca e apreensão.⁽²³⁾

O artigo 622, CPC, distingue o ato de entrega do depósito. Se o executado pretender embargar, é preciso deixar claro sua intenção, pois a simples entrega pode levar ao entendimento de que houve reconhecimento do pedido, levando, conseqüentemente, à extinção do processo.

O depósito tem de envolver a própria coisa, pois o credor não pode ser obrigado a receber outra, ainda que mais valiosa (artigo 863, CC).⁽²⁴⁾ E também não há falar em prestação de caução ou substituição da coisa por dinheiro.⁽²⁵⁾

(22) - Cândido Dinamarco, "Execução Civil", pág. 432, nº 285. No mesmo sentido: Humberto Theodoro Júnior "Curso de D.P.C.", vol. II, pág. 774, nº 688; Mendonça Lima "Comentários ao CPC", pág. 772, nº 1540.

(23) - RT 612/129.

(24) - Cf. RT 550/247.

(25) - José Antônio de Castro, "Execução no CPC", Saraiva, 1983, pág. 208, nº 149. No mesmo sentido: Mendonça Lima, "Comentários ao CPC", pág. 771, nº 1536.

6.1 – Prazo para embargar

O prazo dos embargos é de 10 (dez) dias, contados do termo de depósito ou da juntada aos autos do mandado de imissão na posse, ou de busca e apreensão (artigo 738, II e III).

Embora a lei não seja clara, é preciso que o devedor tenha ciência da lavratura do termo, a partir do qual fluirá o prazo de contestação.

Havendo vários executados, o prazo é individual e independente. Disso resulta que o prazo flui a partir de cada juntada, e não após o término do ciclo intimatório.⁽²⁶⁾

Não há falar em prazo em dobro (artigo 191, CPC). Primeiro, que os embargos não se confundem com contestação; segundo, que os embargos não se acomodam à figura recursal; por derradeiro, o aforamento dos embargos não significa propriamente "falar" nos autos.⁽²⁷⁾

Uma outra questão é averiguar se, feito o depósito da coisa por um dos devedores, é necessária a intimação dos outros, para poderem embargar?

Como os executados têm o direito de embargar, é preciso que todos sejam intimados do depósito, a menos que o exequente desista do processo em relação a algum deles (artigo 569).⁽²⁸⁾

6.2 – Efeitos dos embargos

Com a reforma de 1994, o § 1º do artigo 739 agora determina que os embargos são recebidos sempre no efeito suspensivo, com as exceções previstas nos §§ 2º e 3º. Em harmonia, o artigo 791, I, dispõe sobre a suspensão da execução quando recebidos os embargos do devedor.⁽²⁹⁾

E, também, o artigo 623, edita que "Depositada a coisa, o exequente não poderá levantá-la antes do julgamento dos embargos".

Aqui reside a segunda novidade introduzida pela Lei nº 8.953/94, no capítulo referente à execução para entrega de coisa, qual seja, a impossibilidade do levantamento da coisa antes do julgamento dos embargos.

É importante lembrar que o credor não pode proceder ao levantamento da coisa, mesmo prestando caução, pois esta só é prevista para a hipótese de benfeitorias indenizáveis (art. 744, § 3º) ou na execução provisória (art. 520, V e art. 588, I).

Em verdade, a inovação não trouxe alterações de monta. Antes da reforma implantada pela Lei nº 8.953/94, o artigo 623, 1ª parte, já era inaplicável na prática, pois os embargos já tinham o condão de suspender a execução. A reforma veio apenas tornar expressa a vedação de o exequente levantar a coisa antes do julgamento dos embargos.

Mas a dúvida que se põe é a seguinte: o artigo 623 alude apenas ao "julgamento dos embargos". Mas, a qual julgamento o dispositivo está a se referir, à decisão de primeiro grau, ao acórdão? Em outras palavras, se forem julgados improcedentes, em 1º grau de jurisdição, caberia execução provisória (artigo 520, V)?

Em nosso modo de ver, se os embargos forem julgados procedentes, eventual apelação do exequente-embargante será recebida no duplo efeito (art. 520, caput), importante dizer que continuará impedindo o levantamento da coisa.

(26) - CONTRA: Mendonça Lima, "Comentários ao CPC", pág. 772, nº 1541.

(27) - Araken de Assis, com apoio em julgados do STF e do STJ ("Manual do Processo de Execução", RT 2ª ed. pág. 960, nº 4295). Ainda: STJ-RT 698/230. CONTRA: TJRS, Revista Jurídica 52/147.

(28) - Cf. STJ-RT 698/230.

(29) - Excepcionalmente, a lei prevê a não-suspensividade (art. 5º da Lei nº 5.741/71, que dispõe sobre financiamento de bens imóveis vinculados ao Sistema Financeiro de Habitação).

Porém, se os embargos forem tidos por improcedentes, o recurso do embargante-devedor será recebido apenas no efeito devolutivo (art. 520, V), abrindo margem ao exequente promover a execução provisória.⁽³⁰⁾ Como pode envolver a imissão na posse ou a apreensão do próprio bem, pode ficar sujeito à prestação de caução, à luz dos artigos 588, I.

Dissemos que, em regra, os embargos suspendem a execução. Isto, porém, não se dará em três hipóteses: a) rejeição liminar dos embargos (artigos 520, V); b) quando os embargos forem parciais (artigo 739, § 2º); c) quando apenas um dos devedores embargar, arguindo defesa exclusiva sua (art. 739, § 3º, c.c. art. 320, I).

Com efeito, não teria sentido os embargos, sendo apenas parciais, suspenderem toda a execução. Igualmente, ilógico seria suspender a execução na hipótese de um dos co-devedores embargar, invocando defesa própria, como, por exemplo, que é parte ilegítima na execução.

6.3 – Embargos de retenção por benfeitorias

Além das matérias alegáveis por meio de embargos do devedor (artigos 741 e 745, CPC), há também eventuais benfeitorias realizadas na coisa devida. E a arguição se dá por intermédio dos chamados embargos de retenção por benfeitorias (artigo 744, CPC).

O direito de retenção por benfeitorias vem previsto no artigo 516, CC⁽³¹⁾. Como requisitos, temos: 1) que o executado esteja de boa-fé, que não se confunde com a posse justa (artigo 498, CC); 2) que as benfeitorias sejam úteis e necessárias. As benfeitorias voluptuárias não dão direito à retenção.

A finalidade dos embargos de retenção é preservar a posse dos bens em poder do executado, como meio de compeli-lo o exequente a indenizar.⁽³²⁾

Portanto, tais embargos visam exclusivamente veicular a pretensão de reter por benfeitorias, não se prestando à exposição da matéria constante dos artigos 741 e 745, CPC.⁽³³⁾

Sobre o seu cabimento, em princípio, só seria admissível a retenção na execução de sentença, em obediência ao disposto literalmente pelo artigo 744, CPC.

Todavia, com a reforma de 1994, parece-nos que o direito de retenção exsurge tanto na execução fundada em sentença, quanto na execução fundada em título extrajudicial (artigo 585, II).

Se o título executivo for judicial, é preciso que o direito de retenção, estatuído em favor do possuidor de boa-fé quanto às benfeitorias necessárias e úteis (artigo 516, CC), seja alegado e reconhecido na própria demanda condenatória, sob pena de preclusão.⁽³⁴⁾

Nesse passo, o artigo 474, CPC, dispõe que a autoridade da coisa julgada abrange as questões deduzidas e as dedutíveis no processo de conhecimento.⁽³⁵⁾

Reconhecido tal direito no processo cognitivo, abre-se-lhe a oportunidade de invocar tal defesa, por meio de embargos, no momento da execução da sentença.

(30) – CONTRA: Araken de Assis entende que se os embargos forem julgados improcedentes em primeiro grau, e interposta apelação desprovida de efeito suspensivo, o credor pode requerer o prosseguimento da execução, com levantamento da coisa. Neste caso, a execução prossegue definitivamente e o levantamento da coisa decorre da ausência de qualquer obstáculo ("Manual do Processo de Execução", RT 2ª ed., pág. 354, n.º 124).

(31) – De consequente, tem legitimidade para embargar só o devedor ou o seu sucessor RT 507/102 103 509/137 RJTJESP 47/99 (apud Theotônio Negrão, ob. cit., nota 1 ao artigo 744).

(32) – Humberto Theodoro Júnior, "Curso de DPC", pág. 1 021, n.º 910.

(33) – Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon "Embargos de retenção por benfeitorias" Dissertação de Mestrado – PUC 1992, pág. 123, n.º 3.1.

(34) – Com mais forte razão, na ação possessória, o direito de retenção deve ser postulado na contestação, devendo o mesmo ser fixado na sentença que é executória, ou segundo alguns, mandamental (neste sentido: RT 653/187 JTA 100/361 apud Theotônio Negrão, ob. cit., nota 9 ao artigo 744).

(35) – Araken de Assis, "Manual do Processo de Execução", 2ª ed., pág. 947, n.º 419 10. CONTRA (admitindo os embargos, mesmo que o devedor não tenha aduzido na fase de cognição): RF 285/268, RT 576/83 Álvaro Manoel Rosindo Bourguignon "Embargos de retenção por benfeitorias" Dissertação de Mestrado – PUC 1992, pág. 111/112 n.º 2 2 3

Não aduzido o direito de retenção, na forma e no tempo próprios, na fase de conhecimento, o executado não perde o seu direito de ser ressarcido dos gastos havidos, pois poderá valer-se de ação autônoma de indenização, para cobrar a importância das benfeitorias necessárias e úteis, sob pena de haver enriquecimento indevido.⁽³⁶⁾

Porém, se o direito de retenção foi aduzido e expressamente rejeitado, não é possível reiterar a alegação em fase de execução, pois, como salientado, haverá ofensa à coisa julgada.⁽³⁷⁾

O mesmo tanto já não ocorre se o título for extrajudicial. Como não teve chance de alegar a exceção de retenção, nada obsta a que, no feito executivo, invoque tal defesa. Aqui a sistemática é a mesma dos embargos do devedor na hipótese de execução por quantia certa contra devedor solvente, lastreada em título extrajudicial (artigo 745, CPC).

O prazo para os embargos de retenção por benfeitorias é o mesmo previsto no artigo 738, portanto, de dez dias.⁽³⁸⁾

Há necessidade do depósito prévio da coisa para o aforamento dos embargos de retenção por benfeitorias?

Aqui, novamente, mister se faz a distinção entre a execução lastreada em título executivo judicial ou em título extrajudicial.

Se o direito de retenção já tiver sido reconhecido no processo de conhecimento – portanto, execução com esteio em título judicial –, não há necessidade de depósito da coisa.⁽³⁹⁾ O executado pode embargar, independentemente da entrega ou do depósito da coisa.

De feito, o direito de retenção reconhecido em sentença é um direito do possuidor de boa-fé, uma garantia baseada na lei e inspirada na equidade. O retentor é autorizado a reter a coisa porque lhe acrescentou um novo valor. Nesse caso, o depósito é uma faculdade conferida ao devedor, e não uma obrigação deste.⁽⁴⁰⁾

E mais. A liquidação prévia é obrigatória, justamente porque haverá uma forma de compensação entre o valor da coisa e o das benfeitorias (artigo 628). A liquidação das benfeitorias se faz necessária, vez que só é possível haver compensação entre dívidas líquidas, vencidas e de coisas fungíveis (artigo 1 010, CC).

E o prévio depósito do valor das benfeitorias pelo exequente é condição de executibilidade (artigo 572, 614, II, 618, III).⁽⁴¹⁾ O depósito poderá ser feito incidentalmente, nos mesmos autos, não se fazendo mister a propositura de uma nova demanda, como pode sugerir o disposto no artigo 570, CPC.

Embora o artigo 628, CPC, seja omissivo a respeito, em nosso ver, esse depósito pode ser substituído por caução consoante permissivo do artigo 744, § 3º, CPC.

Todavia, se o título for extrajudicial, hipótese em que o executado estará arguindo pela primeira vez a exceção de retenção, então deverá segurar o juízo (artigo 737, II). Impõe-se que, antes, efetue o depósito da coisa, para que seus embargos possam ser admitidos.⁽⁴²⁾

Em verdade, com o depósito, o executado não perde a posse para o exequente, pois, neste caso, o juízo passará a posse direta, coexistente com a indireta.⁽⁴³⁾

Ademais, a lei não veda que o próprio devedor se invista na qualidade jurídica de depositário. E as consequências são diversas. Além de poder ser responsabilizado civil e

(36) – RT 627/88, RJTJESP 112/416, JTA 100/186 (apud Theotônio Negrão, ob. cit., nota 5b ao art. 744).

(37) – Humberto Theodoro Júnior "Curso de DPC", pág. 1 021, n.º 910. No mesmo sentido: Celso Neves "Comentários ao CPC", 2ª ed., pág. 279, n.º 108.

(38) – RT 511/102 RJTJESP 64/190 (apud Negrão, CPC cit., nota 5a ao art. 744).

(39) – Cf. RJTJESP 91/97.

(40) – Cf. Ap. 32.855-2 TJSP, rel. Des. Torres de Carvalho (Alexandre de Paula, CPC anotado vol. III, 4ª ed., pág. 2 386, n.º 28).

(41) – Neste sentido: RJTJESP 91/97, RT 552/72.

(42) – RT 501/123, 541/79, RJTJESP 60/161, 123/46.

(43) – Humberto Theodoro, Curso de D.P.C., vol. II, pág. 284, n.º 910. Mas, o depositário judicial, em relação ao exequente é mero detentor e não possuidor. Logo, não tem legitimidade para opor embargos de retenção (RTFR 139/123).

criminalmente (ex: crime de estelionato, apropriação indébita, etc.), não pode recusar-se a entregar o bem quando determinado pelo juiz. Se recusar, cabe a expedição de mandado judicial de busca e apreensão ou de imissão na posse, sem prejuízo de prisão ⁽⁴⁴⁾

Quanto às acessões ou edificações, conquanto acessões industriais, equiparam-se às benfeitorias úteis, admitida a pretensão à retenção ⁽⁴⁵⁾

No que tange às benfeitorias introduzidas após a propositura da ação, discute-se se confeririam o direito de retenção. Em nosso sentir, com a citação já se opera a litigiosidade da coisa (art. 219, CPC)

Nesse sentido, o artigo 491, CC, estatui que "A posse de boa-fé só perde este caráter no caso e desde o momento em que as circunstâncias façam presumir que o possuidor não ignora que possui indevidamente". Não se pode negar que a citação é forte indicio de presunção de que a posse é legítima.

Logo, qualquer benfeitoria realizada na coisa pelo devedor, sê-lo-á por sua conta e risco.

O mesmo tanto se dá em relação à execução fundada em título extrajudicial. A partir da citação, a boa-fé do devedor há de ser elidida. ⁽⁴⁷⁾

É bom frisar que, fixado o valor das benfeitorias, na execução fundada em título extrajudicial, o executado-embargante não pode exigir executivamente tal quantia. É dizer, não confere ao executado título executivo contra o exequente. Apenas impede que o credor obtenha de imediato a imissão da posse no imóvel. ⁽⁴⁸⁾

De outro lado, porém, se o devedor teve seu direito ao valor das benfeitorias reconhecido, por meio de reconvenção, em prévio processo de conhecimento, cremos que, neste caso, pode-se falar em título executivo a seu favor.

7 - Inércia do devedor

O devedor pode quedar-se inerte, não entregando a coisa, nem efetuando o depósito. Nesse caso, é expedido em favor do credor mandado de imissão na posse, se se tratar de imóvel, ou de busca e apreensão, se envolver coisa móvel (art. 625)

Após tal diligência, com a juntada do mandado aos autos, o executado tem o prazo de dez dias para o aforamento dos embargos do devedor.

Em verdade, neste caso, a lei confere ao devedor uma segunda oportunidade ao executado de embargar.

Por outro lado, é possível que o cumprimento do mandado judicial reste frustrado, tendo em vista a não localização do bem, a sua deterioração ou alienação a terceiro.

Nesses casos, abrem-se ao credor dois caminhos: a) perseguir a coisa em poder de terceiro (art. 626); b) optar pela execução por quantia certa (art. 627).

Se a coisa não estiver na posse do devedor, por ter sido alienada a terceiro, o mandado pode ser expedido contra o adquirente. Se o ato de transferência se deu após a propositura da ação condenatória ou executiva, é caso de fraude de execução, de conseguinte, ineficaz perante o credor (art. 593, I) ⁽⁴⁹⁾

(44) - Humberto Theodoro Júnior "Curso de D.P.C.", pág. 946, nº 846. No mesmo sentido: RSTJ 28/211, 42/171, RT 537/106, 549/130, 580/120 (apud Theotônio Negrão, CPC cit. nota 4 ao art. 703); Ap. 16.463 TJSC 11.682 (Alexandre de Paula, CPC Anotado, III vol. 4ª ed., pág. 2.371, nº 4).

(45) - STJ, Resp. 739-RJ (apud Theotônio Negrão, ob. cit. nota 12 ao art. 737, nota 6 ao art. 744). No mesmo sentido: Humberto Theodoro Júnior ("Curso de D.P.C.", vol. II, pág. 284, nº 910), Sálvio de Figueiredo Teixeira (CPC Anotado, pág. 375, nota ao art. 621), Araken de Assis ("Manual do Processo de Execução", 2ª ed., pág. 946, nº 419.10), RTJ 60/719, RT 479/161. CONTRA: Ap. 38.058-2, rel. Des. Nóbrega de Salles j. 14.4.83 (Alexandre de Paula, CPC Anotado, vol. III 4ª ed., pág. 2.373, nº 4).

(46) - Cf. RT 667/144.

(47) - Cf. RT 470/76.

(48) - RJTJESP 94/299 (apud Theotônio Negrão, ob. cit. nota 16 ao artigo 744).

(49) - Humberto Theodoro, Curso de D.P.C., vol. II pág. 151, nº 781. No mesmo sentido: Mendonça Lima "Comentários ao CPC" pág. 791, nº 1.586.

Em rigor, o artigo 626 deve ser conjugado com outros dispositivos, notadamente o artigo 593, I, e artigo 42, ambos do CPC.

Arruda Alvim, há muito, entende que a fraude à execução está *in re ipsa*, e a lei dispensa a prova do elemento subjetivo da fraude (*consilium fraudis*). O artigo 593 deve ser enfocado de dois ângulos: do inciso I e do inciso II.

No inciso I, o devedor ao alienar o bem, objeto de ação real em andamento (ex: ação reivindicatória), se procedente a demanda, aliena algo que não é seu. Disso resulta que o credor poderá procurá-lo em mãos de terceiro, pouco importando a solvência ou insolvência do devedor. É a mesma situação regradada pelo artigo 42, *caput* que dispõe que "A alienação da coisa ou do direito litigioso, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes". E o § 3º do artigo 42 é claro em estender os efeitos da sentença, proferida entre as partes originárias, ao terceiro adquirente. Por essa razão é que o artigo 626 permite a expedição de mandado de busca e apreensão ou de imissão na posse contra o terceiro. Se ficou decidido que o autor é o proprietário do bem, por consequência lógica, não o será o devedor, nem terceiro. ⁽⁵⁰⁾

Já no inciso II do artigo 593, a questão da fraude à execução é diversa. Quando o bem alienado constitui objeto instrumental da execução, a insolvência do devedor ganha relevo. Assim, a categorização da fraude dependerá da prova do prejuízo, com o que a lei confere ao devedor o direito de dispor de seus bens até o limite em que venha a prejudicar o credor. Vale dizer, desde que não prejudique o credor, o devedor está livre para alienar seus bens, portanto, bens de seu domínio.

Volvendo ao artigo 626, CPC, o terceiro é atingido pela eficácia da sentença proferida na ação reivindicatória. Como salientado, no plano processual, as partes são imutáveis no processo e, se é eficaz contra o réu, também o será contra o seu sucessor. No plano material (de direito civil), ninguém pode transmitir direito que não tinha, donde o adquirente (terceiro) ter adquirido a *non domino*. ⁽⁵¹⁾

Porém, o terceiro adquirente dispõe de meios defensivos, dentre os quais os embargos de terceiro, ⁽⁵²⁾ mas será ouvido somente depois de efetuar o depósito da coisa (art. 626, do CPC).

O terceiro adquirente não tem o direito de denunciar a lide ao alienante (art. 70, I, CPC), por haver incompatibilidade no procedimento, vez que, como cediço, descabe essa forma de intervenção de terceiro em ação de execução. Demais, o objeto principal dos embargos de terceiro é a desconstrução do bem, e não obter um título executivo (art. 76, CPC).

A lei fala em "depósito da coisa". De feito, como se trata de execução específica, com vistas a coisa determinada, o terceiro, ou mesmo o devedor, não tem o direito de oferecer caução ou requerer a substituição da coisa por dinheiro. ⁽⁵³⁾

Qual o prazo para o terceiro efetuar o depósito? Será de dez dias, por aplicação analógica do artigo 621, CPC. ⁽⁵⁴⁾

Conquanto omissa a lei, não vemos óbice de o próprio terceiro ficar como depositário, à semelhança do que sucede com o devedor que assume a posição de depositário fiel. Em ambos os casos, imprescindível a lavratura do termo de depósito, justamente pelos compromissos que o depositário passa a assumir.

Demais, embora o artigo 744 se refira somente ao "devedor", também não vemos impedimento de o terceiro poder ofertar embargos de retenção por benfeitorias. ⁽⁵⁵⁾

(50) - Arruda Alvim, O terceiro adquirente de bem imóvel do réu, pendente ação reivindicatória não inscrita no registro de imóveis, e a eficácia da sentença em relação a esse terceiro, no direito brasileiro. Repro 31/190 e segs. No mesmo sentido: Mendonça Lima, Comentários ao CPC, pág. 792, nº 1.586.

(51) - Arruda Alvim, O terceiro adquirente do bem imóvel do réu. Repro 31/194.

(52) - Afirmando ser caso de "embargos do devedor" porque, no plano processual, o terceiro é parte, vide Pontes de Miranda "Comentários ao CPC", Forense, vol. X, pág. 70.

(53) - José Antônio de Castro, "Execução no CPC", Saraiva, 1983, pág. 208, nº 149.

(54) - Mendonça Lima, "Comentários ao CPC", pág. 793, nº 1.590.

(55) - José Antônio de Castro, Execução no CPC, Saraiva, 1983, pág. 211, nº 155.

De outro lado, a situação é diversa se, ao invés de perseguir a coisa em poder de terceiro, o credor preferir a conversão do procedimento, passando a adotar o da execução por quantia certa (art 627). Essa alternativa é faculdade do credor, que pode pretender reclamar, não mais a coisa específica, mas sim o equivalente em pecúnia, além das perdas e danos.

Esse valor equivalente deve referir-se àquele do momento em que a obrigação teria de ser cumprida, e não o foi.

Essa transformação da execução para entrega de coisa em execução por quantia certa não pode se dar de ofício. E, mesmo assim, sê-lo-á em caráter subsidiário, isto é, na fase do artigo 627, quando a coisa tenha se deteriorado, não tenha sido encontrada ou não reclamada do poder de terceiro.⁽⁵⁶⁾

(56) - Cf. JTAERGS 71/160